Dictamen DNCP/DJ N° 1351/20

DATOS DEL PROCEDIMIENTO

Procedimiento Jurídico:	Cierre Directo
Fecha de Dictamen:	24/1/2020
ID:	366710
Procedimiento de Contratación:	Licitación Pública Internacional
Modalidad Complementaria:	No Aplica
Nombre de la Licitación:	Diseño, Construcción, Equipamiento Integral, Instalación, puesta en funcionamiento y Mantenimiento del Hospital de Cnel. Oviedo - Caaguazú
Entidad Convocante:	Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social (MSP y BS)
Denunciante:	Ing. José Luís Heisecke, Pte. CAPACO (Caso N° 14)
Tema General:	Pliego de Bases y Condiciones
Tema Específico:	EE.TT. direccionadas, limitativas, o restrictivas.

RESULTADO

1. Disponer el cierre del Caso N° 14/20.
2. Aclaraciones al denunciante.
3. Comunicar a quienes corresponda.

CUESTIÓN CONTROVERTIDA

La denunciante impugna las EE.TT. solicitadas en el PBC, relacionadas con la experiencia específica en obras, experiencia en materia de personal, la solicitud de diseño de planos.

La convocante ha procedido a publicar a través del SICP la Adenda N° 5, modificando las especificaciones técnicas .Se observa que se han publicado las respuestas a las consultas realizadas a través del portal de contrataciones públicas.

Abg. Gustavo Leandro Báez Díaz
Dirección Jurídica - DNCP
Juez Instructor

Abg. Mª. Eugenia Otazo
Directora
Dirección Jurídica - DNCP

DENUNCIA:

El ING. JOSÉ LUÍS HEISECKE, en su carácter de Presidente de la CÁMARA PARAGUAYA DE LA INDUSTRIA DE LA CONSTRUCCIÓN, denuncia supuestas irregularidades del pliego de bases y condiciones del llamado de referencia. La denuncia fue ingresada a través del Módulo de Investigaciones Electrónicas como CASO 14 y refiere cuanto sigue:

*"...**ANTECEDENTES DE FALTA DE RESPUESTA DE LA CONVOCANTE.** En fecha 26 de agosto de 2019 la CAPACO ha presentado a la convocante la nota con contraseña Simese Nro. 0117040/2019 con remitente identificado como Jose Luis Heisecke de la Dependencia CAPACO, en la cual pone de manifiesto las irregularidades contenidas en el PBC y solicita su modificación. A la fecha de la presente denuncia, el MSPBS no ha dado respuesta alguna a dicha nota ni ha realizado las modificaciones correspondientes por adenda. - Esta nota fue enviada porque la convocante ha cerrado arbitraria e ilegalmente el periodo de consultas, que debería extenderse hasta 5 días hábiles previos a la apertura de ofertas. - Otro punto a tener en cuenta es que la convocante no se ajusta a la normativa vigente, siendo que con más de 40 días previos a la apertura de ofertas, no ha ampliado el periodo de consultas..."*

*"...**PUNTOS IMPUGNADOS DEL PBC.** - Es intención de numerosas empresas socias de la CAPACO presentar su oferta en el llamado de referencia, por lo que a continuación detallamos algunos aspectos del PBC que limitan ilegalmente la participación de estas, a través de la implementación de requisitos que restringen la concurrencia de forma irregular de diversos potenciales proveedores por: - (1) no ser requisitos técnicos indispensables; - (2) la falta de planos es ilegal y da lugar a evaluaciones completamente subjetivas; - (3) incluir condiciones que se apartan de los criterios generalmente utilizados en los PBC, en trasgresión al principio de razonabilidad; y - (4) por resultar ambiguos, dificultando la presentación de ofertas...".*

*"**1. Requisitos que no son técnicamente indispensables.** - En el PBC, Sección II. CRITERIOS DE EVALUACION Y CALIFICACION, en el numeral 5 EXPERIENCIA ESPECÍFICA EN OBRAS se exige que el oferente, para calificar, cuente con experiencia mínima en construcción de al menos un Centro Hospitalario, ya sea público o privado, de por lo menos 20.000 m² con capacidad de 150 camas como mínimo de internación (camas de sala, más cama de terapia). Este requisito limita a un reducido número de empresas la participación en la referida licitación, atendiendo que el mismo exige que sea un Centro Hospitalario de por lo menos 20.000 m², experiencia que únicamente alguna que otra empresa, o consorcios de empresas, podría tener. - Otro factor que limita la participación de empresas interesadas en la licitación de referencia, es el hecho de que los 20.000 m² de construcción solicitados, el requisito en Experiencia Específica en Obras, deben ser en construcción de Centro Hospitalario, requisito que no tiene ningún asidero técnico en cuanto a construcción se refiere, puesto que un Centro Hospitalario tiene características constructivas similares, en cuanto a elaboración de planos, permisos, designación de personal, calculo y utilización de materiales, cronograma de trabajos, entre otros, similares al de una universidad, centro educativo, penitenciaría, edificio corporativo, etc., por lo que no se justifica esta limitación...".*

Que, *"...Como si fuera que la exigencia de haber construido un Centro Hospitalario (no otro tipo de edificio); con 20.000 m² (en un solo edificio) y con capacidad para 150 camas (no menos) que ya hace que sea reducida la participación de los oferentes, <u>también se exige que en ese único edificio</u> se hayan realizado las instalaciones de gases medicinales de: oxígeno; vacío; aire comprimido medicinal; aire comprimido neumático (AIR MOTOR) ; óxido nitroso; anhídrido carbónico; evacuación de gases anestésicos (S.E.G.A). - Es sabido que, para las instalaciones, recientemente detalladas, las empresas constructoras contratan a empresas especializadas dedicadas exclusivamente a estos rubros, y que ninguna ejecuta directamente, sino a*

Abg. Mª Eugenia Otazo
Directora
Dirección Jurídica - DNCP

Juez Instructor

través de terceros, además, este rubro no representa un monto sustancial en el total de la oferta, por lo que como experiencia debería bastar demostrar haber hecho estas instalaciones en diferentes edificios...".

Que, *"...El pliego de bases y condiciones no requiere experiencia previa en la provisión de equipamiento quirúrgico de alta complejidad, con lo que se puede observar que el requisito de que se hayan realizado las instalaciones de gases medicinales en ese "único edificio" también dificulta la participación de empresas constructoras nacionales que tienen capacidad suficiente para realizar la obra objeto de la licitación, por lo que corresponde este requisito sea reformulado. - Las facultades de las convocantes para incluir requisitos que no resulten técnicamente indispensables se encuentran previstas en el art. 22 de la Ley 2051/03, que establece: "Para la participación, contratación o adjudicación en adquisiciones, locaciones, servicios u obras públicas, no se podrán exigir a los participantes requisitos distintos a los señalados por esta ley, ni se podrán establecer elementos que no resulten técnicamente indispensables, si con ello se limitan las posibilidades de concurrencia a eventuales proveedores o contratistas...". - Además, ha sido criterio de la DNCP que, cuando un requisito del PBC es técnicamente dispensable, el mismo debe ser modificado a fin de permitir mayor concurrencia[1]...".*

"2. La falta de planos es ilegal y dará lugar a evaluaciones completamente subjetivas. *- El PBC señala en la SECCIÓN III. ALCANCE DE LAS OBRAS "4. Planos o Diseños. No aplica, los planos utilizados serán los confeccionados por las empresas oferentes y aprobados por la convocante". - Entre las EE.TT. se incluye: - "6- Planos: - • Planos básicos, plantas, fachadas de todas las caras del edificio, cortes longitudinales y transversales del proyecto. - • La presentación de TODAS las láminas SON OBLIGATORIAS. Los rubros obligatorios son: arquitectura, estructura, instalaciones de desagüe cloacal, instalaciones de desagüe pluvial, instalaciones de agua corriente, instalaciones eléctricas, instalaciones de climatización y extracción mecánica, instalaciones de PCI, instalaciones de señales débiles, instalaciones de gases medicinales. - • Los planos deberán estar acotados mínimamente, indicar en cada espacio los m², y equiparlos de acuerdo a la especialidad. Tener en cuenta apertura de puertas, especialmente los baños con criterios de accesibilidad. - • Los planos se presentarán impresos y en formato digital (grafico editable). - • Presentar una planilla de total de m² construidos, diferenciando las circulaciones (internas y externas), y superficie libre". - Como la convocante no ha previsto un Anteproyecto con Especificaciones técnicas, el análisis de los planos se torna absolutamente subjetivo. La práctica recomendable para mantener el principio de igualdad y transparencia de criterios de evaluación entre los oferentes es eliminar el Juzgamiento de Planos (subjetivo), y se proceda solamente a establecer el cumplimiento de los requisitos, y el monto de la Oferta...".*

Que, *"...De conformidad al artículo 15, último párrafo y 20, inciso h) de la Ley N° 2051/03 "De Contrataciones Públicas", los planos de la obra con la respectiva aprobación municipal deberán ser remitidos con el expediente del llamado para su publicación en el SICP. Este requisito no es cumplido por el MSPBS, quien ni siquiera ha procedido a elaborar los planos. - Pero como si todo lo dicho anteriormente no fuera suficiente La Ley 4.727/2012 expresamente establece en su Art. 8vo.* ***El diseño arquitectónico de las obras públicas que lo requieran, será contratado mediante concurso público de anteproyecto.*** *- Por tanto, el PBC contraviene explícitamente la Ley...".*

"3. Los requisitos exigidos se apartan injustificadamente de la razonabilidad que se aplica en forma constante en este tipo de licitaciones. *- Llama la atención, a el hecho de exigir como Experiencia Específica en Obras haber construido 20.000 m² de un edificio, que es la misma cantidad de metros cuadrados que figura en el PBC que debe tener el edificio objeto de la*

[1] Res DNCP 1912/2015 POR LA CUAL SE HACE LUGAR PARCIALMENTE A LA PROTESTA PROMOVIDA POR AL FIRMA SST SECURITY SERVICE TECNOLOGY S.A. CONTRA EL PBC DE LA LPN No. 06/2015 PARA LA CONTRATCION DEL SERVICIO TERCERIZADO DE MONITOREO DE CIRCUITO CERRADO DE TELEVISIÓN CCTV PARA CAJEROS AUTOMATICOS, CONVOCADA POR EL BANCO NACIONAL DE FOMENTO. ID 285538.

Abogada Eugenia Otazo
Directora
Dirección Jurídica - DNCP

contratación, cuando lo que basta para demostrar experiencia en construcción es haber construido un edificio de características similares con una superficie de por lo menos del 50% de la superficie a ser construida…".

Que, *"…El PBC, siempre en el mismo numeral, exige que el oferente haya construido un Centro Hospitalario con capacidad de como mínimo de 150 camas, requisito que nuevamente limita la participación de oferentes, atendiendo que dichos requisitos solo cumplen contadas empresas constructoras en este país, ya que solo dos obras con esta cantidad de camas se han construido en el país en los últimos 10 años. - Es propicio mencionar que el número de camas, en este tipo de emprendimiento, no representa algo significativo en cuanto a experiencia que debe demostrar un oferente, atendiendo más bien que las camas se consideran equipamientos o mobiliarios dentro de una construcción. A lo mencionado, se debe agregar el hecho de que nuevamente se exige como experiencia una capacidad de camas (150 unidades) casi igual a la requerida para la obra que será objeto del Contrato, cuando por lo general, para demostrar experiencia es suficiente el 50%, como máximo…".*

"4. Requisitos ambiguos dificultan la preparación de ofertas. *Ante tantas puntualidades del PBC, llama la atención la ambigüedad del mismo al exigir que los equipos médicos deben tener carta del fabricante o distribuidor local autorizado certificando que sus equipos son nuevos y de última generación o tecnología de punta, siendo esto sumamente subjetivo al no detallar los parámetros de ULTIMA GENERACION O TECNOLOGIA DE PUNTA. Las condiciones del llamado deben ser claras y precisas conforme al artículo 20 de la Ley Nº 2051/03 y no estar sujetas a interpretación del oferente, por lo que "de última generación o tecnología de punta" debe estar debidamente definido…".*

Que, *"Las exigencias relacionadas a los equipos es la más cuestionada y la que menos relación guarda con la licitación de referencia, por lo que debe ser suprimida atendiendo que no puede de ningún modo ser la finalidad del Estado que las empresas constructoras le provean de los equipamientos médicos de alta complejidad, de última generación o tecnología de punta, las cuales deberían ser objeto de otra licitación específica a estas necesidades, y de competencia exclusiva de empresas dedicadas al rubro respectivo, con lo que se garantizaría la mejor calidad al mejor precio para el Estado. - La inclusión del equipamiento médico distorsiona el precio de referencia de la obra objeto de la Licitación ya que, en las condiciones actuales del PBC, asciende a* ***Gs. 360.000.000.000*** *(Guaraníes trescientos sesenta mil millones) por dicha inclusión, por lo que sería oportuno y favorable para las arcas del Estado que el equipamiento médico se realice en otra licitación, totalmente independiente a la de referencia de forma a que la adquisición se haga en forma directa con los proveedores dedicados en forma exclusiva a dichos rubros, evitando que las empresa constructoras tengan influencia (ganancias) sobre dichos equipamientos al incluirlos en su planilla de ofertas, lo que significará un importante ahorro para el Estado…". -*

Que, *"…En el numeral 6 de la sección 2 del PBC – capacidad en materia del personal se solicita, que el Director de Obras y Residente de Obras tenga experiencia en construcción hospitalaria modular. Según google: "Un sistema es modular cuando está compuesto de varias partes que tienen entre sí alguna conexión, en vistas a la consecución de una finalidad" es propicio mencionar que todas las unidades de salud cumplen este requisito atendiendo que cuentan de varias partes interconectadas para una misma finalidad (atención al paciente). El PBC debe definir qué se entiende por construcción hospitalaria modular a fin de dar criterios claros a los oferentes…".*

Documentos Adjuntos: • Copia autenticada del Exp. SIMESE N° 117040/19; • Acta Asamblea General Ordinaria, Acta N° 71 de fecha 29/04/19; • Certificado de Registro de Marca N° 480204 –concesión 27/03/19; vencimiento 27/03/29; • Protocolización de los Estatutos Sociales de la CAPACO; • Acta N° 68 de fecha 03/04/17.

Abg. Ma. Eugenia Otazo
Directora
Dirección Jurídica - DNCP

ACUMULACIÓN DE CASOS:

No Aplica

ANTECEDENTES/PEDIDOS DE INFORME:

No Aplica

NOTIFICACIONES:

No Aplica

CONTESTACIONES:

No aplica

ANÁLISIS:

De la lectura de los términos de la denuncia presentada a través del STJE, se desprende la disconformidad de la Cámara Paraguaya de la Industria de la Construcción (CAPACO) con las especificaciones técnicas (EE.TT.) solicitadas en las bases concursales en licitación pública internacional, objeto de la presente investigación.

La CAPACO, conforme Escritura Pública N° 04/16, folio 14 y sgtes. del Protocolo de la División Civil, Sección A, del Registro Notarial N° 709, autorizada por la Escribana Ninon Thompson, *"...es una Asociación Civil sin fines de lucro, con Personería Jurídica, constituida por profesionales y entidades dedicados a la Industria de la Construcción o relacionados con ella, para la defensa, fomento y protección de dichas actividades y de los intereses profesionales de sus asociados..."*.

Si bien entendemos que entre sus fines se observa: *"Bregar para que el régimen de licitaciones de obras públicas y privadas sea justo, equitativo, en sus disposiciones, su adjudicación y ejecución"*, en virtud de lo dispuesto en el Art. 13 del Decreto 7434/11 (vigente al momento de la publicación del llamado)[2] *"Las investigaciones sólo serán abiertas cuando, a criterio de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas (DNCP), existan 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"***, en consecuencia, cada potencial oferente que cuente con un interés legítimo y que se encuentre lesionado en

Dirección Jurídica - DNCP
Jefe Instructor

Abogada Liliana Otazo
Directora Jurídica - DNCP

[2] Concordante con el art. 142 del Decreto N° 2992 *"Por el cual se Reglamenta la Ley N° 2051/2003, De Contrataciones Públicas y su modificatoria la Ley N°3439/2007"*, vigente a partir del 01 de enero de 2020.

sus derechos ante una convocatoria debe plantear la impugnación pertinente bajo la figura de la Protesta contra el Pliego de Bases y Condiciones.

Al respecto, y para futuros procedimientos traemos a colación que incluso a partir de la vigencia del Decreto N° 2992/19, los oferentes que pretendan impugnar las bases licitatorias, deben acreditar que han consultado a la Convocante respecto a la EE.TT. que impugna, como uno de los requisitos de admisibilidad de la protesta –esta condición se incorpora para los llamados publicados a partir del presente ejercicio fiscal–.

Ahora bien, realizadas las aclaraciones, corresponde realizar las siguientes apreciaciones:

1) REQUISITOS QUE NO RESULTAN TECNICAMENTE INDISPENSABLES.

Puntos cuestionados. *"...En el PBC, Sección II. CRITERIOS DE EVALUACION Y CALIFICACION, en el numeral 5 EXPERIENCIA ESPECÍFICA EN OBRAS se exige que el oferente, para calificar, cuente con experiencia mínima en construcción de al menos un Centro Hospitalario, ya sea público o privado, de por lo menos 20.000 m² con capacidad de 150 camas como mínimo de internación (camas de sala, más cama de terapia)...".*

"...Como si fuera que la exigencia de haber construido un Centro Hospitalario (no otro tipo de edificio); con 20.000 m² (en un solo edificio) y con capacidad para 150 camas (no menos) que ya hace que sea reducida la participación de los oferentes, también se exige que en ese único edificio se hayan realizado las instalaciones de gases medicinales de: oxígeno; vacío; aire comprimido medicinal; aire comprimido neumático (AIR MOTOR) ; óxido nitroso; anhídrido carbónico; evacuación de gases anestésicos (S.E.G.A)...".

Respecto, a los puntos impugnados, Verificado el SICP, puede observarse que la Convocante ha emitido la Adenda N° 5:

*"Sección II. CRITERIOS DE EVALUACION Y CALIFICACION, en el numeral 5 EXPERIENCIA ESPECÍFICA EN OBRAS. Requisitos mínimos: Construcción de al menos un Centro Hospitalario, ya sea público o privado, de por lo menos **15.000 (quince mil metros cuadrados)** con capacidad de **150 camas** como mínimo de internación (podrán ser camas de sala + camas terapias). La capacidad mencionada podrá completarse con un máximo de tres obras".*

2. La falta de planos es ilegal y dará lugar a evaluaciones completamente subjetivas.

Al respecto, el denunciante aduce que la Convocante no ha previsto un Anteproyecto con Especificaciones técnicas, por lo que el análisis de los planos se torna absolutamente subjetivo, alegando en consecuencia que la práctica recomendable para mantener el principio de igualdad y transparencia de criterios de evaluación entre los oferentes es eliminar el Juzgamiento de Planos (subjetivo), y proceder solamente a establecer el cumplimiento de los requisitos, y el monto de la Oferta.

Dirección Jurídica - DNCP
Juez Instructor

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Abg. Ma. Eugenia Otazo
Directora
Dirección Jurídica - DNCP

Se observa que en la Sección IV. Condiciones Especiales del Contrato (CEC), si indica en las CGC 4.5.1 y 4.5.5 que *"Los Planos serán la resultante de la Elaboración del Proyecto Ejecutivo que será desarrollado, conjuntamente con las Obras de Construcción y el Equipamiento, por la contratista"*.

Asimismo, en las CGC 21.1 de las CEC, se indica que: *"...El plazo de ejecución se computa desde la recepción por parte del Contratista de la Orden de Inicio para comenzar las Obras, emitida una vez se hayan cumplido cada una de las condiciones indicadas en la CGC 21.1 y las siguientes: - a) Planos aprobados por la Municipalidad respectiva;* ***[obtención a cargo del oferente adjudicado];*** *- b) La entrega al Contratista del anticipo, cuando fuere previsto en el SICP; - c) Autorizaciones y Aprobaciones de la SEAM y/o MADES, ERSSAN* ***[obtención a cargo del oferente adjudicado];*** *- d) la Orden de Inicio de los trabajos. - [Si la entrega de la zona de obras se realizará en forma parcial. En este caso, la Contratante indicará las razones que motivan esta modalidad, y no podrá computar el inicio de los trabajos sobre las zonas aún no liberadas para el ingreso del contratista.] (las negritas nos nuestras).*

Véase que, conforme se establece en las Condiciones Especiales del Contrato (CEC), la obtención de la aprobación municipal de los planos se encuentra a cargo del contratista adjudicado al igual que las aprobaciones que corresponden a la SEAM y/o MADES, ERSSAN; ya que el procedimiento licitatorio, incluye el diseño de la obra.

Motivo por el cual, en las Sección I. DATOS DE LA LICITACIÓN, IAO. 6.2. se estableció: *"La visita al sitio de obras, deberá ser coordinada con la Dirección de Recursos Físicos (021 213-800) y se llevará a cabo el día y hora que sea fijada por la misma, en coordinación con todas las empresas que hayan solicitado la visita hasta 15 días antes de la fecha tope de consultas. - Todo Oferente que no efectúe dicha visita, deberá declarar en su oferta expresamente que conoce el sitio de los trabajos y que cuenta con la información necesaria relativa a la zona para preparar la oferta y celebrar el contrato...".*

Igualmente, se individualizo en las IAO, el inmueble en el cual será ejecutada la obra, es la **Finca N° 21.918 del Distrito de Cnel. Oviedo /Padrón N° 16.820**.

Al respecto, debemos señalar nuevamente, que conforme al marco normativo vigente cada potencial oferente que cuente con un interés legítimo y que se encuentre lesionado en sus derechos ante una convocatoria debe plantear la impugnación pertinente bajo la figura de la Protesta contra el Pliego de Bases y Condiciones.

3. Los requisitos exigidos se apartan injustificadamente de la razonabilidad que se aplica en forma constante en este tipo de licitaciones.

Se ha cuestionado que se exija como Experiencia Específica en Obras haber construido 20.000 m^2 de un edificio, que es la misma cantidad de metros cuadrados que figura en el PBC.

La Convocante, mediante Adenda N° 5, ha modificado los requerimientos solicitados en este punto, quedando la redacción de la forma que sigue: *"...Haber construido por lo menos 20.000 metros cuadrados en edificios de altura de por lo menos cinco niveles, completándose este requisito en no más de tres obras en los últimos 15 años...".*

Abg. Ma. Eugenia Otazo
Directora
Dirección Jurídica - DNCP

4. Requisitos ambiguos dificultan la preparación de ofertas

Sobre el punto se cuestiona entre otras cosas la capacidad en materia del personal, en cuanto que se solicita que el Director de Obras y Residente de Obras tengan experiencia en construcción hospitalaria modular, indicando que la convocante debe indicar que se entiende por construcción hospitalaria modular.

Al respecto, cabe indicar que la Convocante ha emitido aclaraciones sobre el planteamiento, y las mismas se encuentran publicadas en el SICP bajo la asignación de "Consulta N° 62"

Asimismo, se observa que se han modificado las EE.TT. solicitadas en materia de personal, quedando redactado de la forma que sigue: *"Demostrar que cuenta con personal debidamente calificado para desempeñar los siguientes cargos claves: Director de Obras y Residente de Obras con título profesional habilitante de Ingeniero Civil o Arquitecto con (15) quince años en el ejercicio de la profesión. • Cargos Claves: Experiencia en la Construcción de Hospitales, al menos una obra".*

La Convocante ha emitido la Adenda N°5 al PBC y las Aclaratorias publicadas a través del SICP, por lo que se considera oportuno el cierre del CASO N°14.

ABG. GUSTAVO ZARZA DOMINGUEZ
Dirección Jurídica – DNCP

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

ABG. MARIA EUGENIA OTAZO APONTE
Directora Jurídica - DNCP