Dictamen DNCP/DJ N° 11106/20

DATOS DEL PROCEDIMIENTO

Procedimiento Jurídico:	Cierre Directo
Fecha de Dictamen:	15/9/2020
ID:	382504
Procedimiento de Contratación:	Licitación Pública Nacional
Modalidad Complementaria:	No Aplica
Nombre de la Licitación:	Ampliación y Modernización de las Áreas de Terapia Intensiva; Oncología e Internación del Hospital General Pediátrico
Entidad Convocante:	Hospital General Pediátrico Niños de Acosta Ñu / Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social
Denunciante:	Caso N°529/20– Con protección de identidad
Tema General:	Pliego de Bases y Condiciones
Tema Específico:	EE.TT. limitativas, restrictivas o direccionadas

RESULTADO

1. Ordenar el cierre de la denuncia individualizada como Caso N°529/20.
2. Recomendar al denunciante que proteste contra el Pliego de Bases y Condiciones y sus adendas.
3. Comunicar a quienes corresponda.

CUESTIÓN CONTROVERTIDA

El denunciante manifiesta que el Pliego de Bases y Condiciones establece requisitos limitantes en lo que respecta a la Experiencia general y específica, por lo que supone que el llamado está siendo direccionado a un grupo reducido de empresas.

Si bien la argumentación expuesta por el denunciante hace referencia a criterios puntuales de calificación, los mismos repercuten directamente en la capacidad de cumplimiento del requisito de los oferentes que tengan interés en participar, por lo tanto, estos potenciales oferentes -que se encuentran interesados en participar- son los que cuentan con el interés legítimo de impugnar requisitos por los cuales se sientan agraviados, por considerarlos limitantes; 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.

Que, 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", en su Capitulo II – Protesta – Sección II - art. 17 indica: "*En el caso de impugnaciones contra el pliego de bases y condiciones,* ***el plazo establecido en el art. 79 de la Ley Nº2051/03 empezará a computarse desde el día siguiente en que el pliego de bases y condiciones o sus adendas modificatorias han sido publicadas en el SICP****". Seguidamente el art. 18 expresa: "A los efectos de interponer una protesta contra el pliego de bases y condiciones o carta de invitación de un*

procedimiento de contratación, ***el promotor de la protesta deberá demostrar que previamente ha consultado ante la Convocante el punto impugnado****. En caso que el protestante se haya imposibilitado de realizar la consulta deberá expresar dicha situación en el escrito de protesta, expresando además el agravio que ello le ocasiona*".

En ese sentido, se aclara al denunciante que, la normativa no contempla ninguna excepción en cuanto al plazo de interposición de la protesta para aquellos en que se ha formulado consultas ante la Convocante y no ha obtenido respuesta alguna por parte de la misma, por tanto, en el supuesto de sentirse agraviado y contar con el interés legítimo necesariamente se debe impulsar el mecanismo de la protesta, dentro del plazo previsto en la norma. Se ordena el cierre de la denuncia individualizada Caso N°529.

DENUNCIA:

Denuncia recibida a través del sistema de gestión de denuncias con protección al denunciante en fecha 08 de septiembre de 2020, el cual expresa:

Vengo a presentar formal y urgente denuncia en el llamado Licitación Pública Nacional N°02-2020 Ampliación y Modernización de las áreas de Terapia Intensiva, Oncología, e Internación del Hospital General Pediátrico Plurianual con ID N°382.504, utilizamos este medio de impugnación porque es el único que podemos utilizar, por el plazo de consultas y la publicación del PBC, el lunes 7 de septiembre fueron contestadas todas las consultas realizadas.

Este llamado tiene graves irregularidades que hacen que solo un número muy reducido de empresas puedan presentar oferta, pocas empresas pueden calificar, existieron varias consultas sobre los criterios de calificación sobre todo el de experiencia especifica.

En experiencia general, donde solicitan facturación, también piden lo siguiente **- Haber construido al menos 8000 m2 (ocho mil metros cuadrados) en obras similares, completándose este requisito en no más de 2 (dos) obras en los últimos 10 años** pidiendo que se llenen los datos en formularios que no corresponden.

En experiencia especifica solicitan lo siguiente -**Participación en calidad de contratista, integrante de un consorcio en el porcentaje de participación, o subcontratista autorizado por la Administración Contratante en al menos 2 (dos) contratos, durante los últimos diez [10] años, en la construcción de hospitales o centros de salud, conforme a adenda los años serían del 2009 al 2020 respectivamente**. En varias consultas se pidió el cambio de este punto a 1 contrato y sin límites de años, porque haber construido uno o más hospitales o centros de salud no modifica la experiencia, haber construido un solo hospital o centro de salud es suficiente experiencia y el límite de años no es necesario puesto que se utilizan las mismas técnicas constructivas. A las consultas el convocante solo contestó que nos presentemos en consorcio.

También solicitan los siguiente - **Construcción de al menos dos centros hospitalarios, ya sean públicos o privados, de por lo menos 50 (cincuenta) camas cada uno, como mínimo, de internación (podrán ser camas de internación y/o camas terapias)**. en varias consultas se solicitó que se admita la sumatoria de camas solicitada o se reduzca la cantidad, lo cual fue rechazado tajantemente por la convocante diciendo que no será modificado este requisito, también con el consejo de presentación en consorcio. La cantidad de camas no modifica haber construido un hospital o un centro de salud, la cantidad de camas no va a cambiar la experiencia ni técnicas constructivas utilizadas para la ejecución de este tipo de contratos.

También hacen esta solicitud descabellada y no utilizada con anterioridad en ningún PBC de obras de este tipo - El oferente deberá presentar memorias de instalación de estos gases (en óptimo funcionamiento) por lo menos en dos o más centros hospitalarios; deberán ser constancias autenticadas por escribanía- se realizó la consulta al respecto, **en primer lugar** es un llamado de construcción, al culminar las obras civiles en la ejecución de un contrato de obra se no entrega certificados de trabajo y recepciones definitivas conforme al modelo utilizado por cada convocante, EN SEGUNDO LUGAR PIDE MEMORIA DE INSTALACIÓN DE ESTOS GASES, SIENDO QUE LA MEMORIA SOLO PUEDEN TENER LOS PROYECTISTAS, NO LAS EMPRESAS QUE REALIZARON LA CONSTRUCCIÓN DE LA OBRA, ESTE LLAMADO NO SOLICITA PROYECTO, SOLO CONSTRUCCIÓN, Y EN LA MAYORÍA DE LOS CASOS LA CONVOCANTE O LA CONTRATANTE ENTREGA EL PROYECTO Y POR LO TANTO SON LOS QUE MANEJAN LA MEMORIA DE CALCULO SOLICITADA. **En tercer lugar**, en todos los casos se subcontrata empresas especializadas en la instalación de gases hospitalarios, porque esto se realiza con un trabajo conjunto con empresas especializadas. NO SOLO LO QUE PIDEN ES DESCABELLADO, SINO QUE NO CORRESPONDE ESTA SOLICITUD BAJO NINGUN ASPECTO Y NO SE ENCUENTRA JUSTIFICADO NI FUNDAMENTADO ESTE PEDIDO IRREGULAR.

ES MUY OBVIO QUE CON TODO LO EXPUESTO SE DEMUESTRA QUE ESTE LLAMADO PUEDE ESTAR TOTALMENTE DIRIGIDO Y PARA LA PRESENTACIÓN DE OFERTAS DE MUY POCAS EMPRESAS, ES TOTALMENTE CONTRARIO A LO ESTABLECIDO EN LAS LEYES, DECRETOS Y RESOLUCIONES APLICABLES EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS EN PARAGUAY.

Asimismo, estamos en estado de Emergencia Sanitaria, donde no puede existir la aglomeración de personas, se debe salir solo y en caso de ser necesario, **LA CONVOCANTE SOLICITO VISITA TECNIC OBLIGATORIA, EL PBC DICE CUANTO SIGUE**

11. Visita al sitio de obras

La convocante dispone la realización de una visita al sitio con las siguientes indicaciones: Fecha y dÍa: Martes 01 de Septiembre de 2020.

Lugar: Hospital General Pediátrico “Niños de Acosta Ñu” - Arnaldo Bacigalupo c/ Av. La Victoria, San Lorenzo Paraguay.

Hora: 09:00hs.

Procedimiento: El funcionario designado servirá de guía al oferente a fin de que este inspeccione el sitio y sus alrededores, para obtener toda la información que pueda ser necesaria para preparar la oferta.

Nombre del funcionario responsable de guiar la visita: Arq. Mónica Vallejos.

Participación obligatoria: SI

Al culminar la o las visitas, se labrará acta en la cual conste, la fecha, lugar y hora de realización, en la cual se identifique el nombre de las personas que asistieron en calidad de potenciales oferentes, así como del funcionario encargado de dicho acto.

En varias consultas se pidió el cambio de este requisito y que sea admitida la declaración jurada, en ningún llamado se utiliza últimamente la visita obligatoria y menos en el estado actual que vivimos por la Pandemia, una vez más la convocante rechaza estas solicitudes, confirmando una vez más su actuar arbitrario, siendo un Hospital y dependiendo del MSPBS, no tienen en cuenta el bienestar de la población y de sus funcionarios, exponiéndonos a interacciones innecesarias, siendo que cada empresa es y siempre ha sido responsable de conocer todos los datos para presentar una oferta seria y cumplir con lo solicitado y esto no sería la excepción, sobre todo porque estamos hablando de niños, y la importancia que tendría esta obra para cualquier empresa constructora.

SOLICITO UN PRONTO ACCIONAR CON ESTA DENUNCIA, Y SOLICITAR A LA CONVOCANTE EL CUMPLIMIENTO DE LO ESTABLECIDO EN LAS NORMATIVAS VIGENTES, ASI COMO LA SUSPENCION DE LA APERTURA HASTA SU CUMPLIMIENTO.

CONFIAMOS EN LA DNCP Y AGRADECEMOS LA BUENA GESTION E IMPARCIALIDAD.

Adjunta a su denuncia: Pliego de Bases y Condiciones y las consultas realizadas en el marco del presente llamado.

ACUMULACIÓN DE CASOS:

No aplica.

ANTECEDENTES/PEDIDOS DE INFORME:

No aplica.

NOTIFICACIONES:

No aplica.

CONTESTACIONES:

No aplica.

ANÁLISIS:

El denunciante manifiesta que el Pliego de Bases y Condiciones establece requisitos limitantes en lo que respecta a la Experiencia general y específica, por lo que supone que el llamado está siendo direccionado a un grupo reducido de empresas.

Que, si bien la argumentación expuesta por el denunciante hace referencia a criterios puntuales de calificación, los mismos repercuten directamente en la capacidad de cumplimiento del requisito 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, por considerarlos limitantes; 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.

En ese sentido, resulta importante aclarar al denunciante que en caso de disconformidad respecto a alguna condición o requerimiento del PBC por considerarla restrictiva o limitante 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.

Cabe destacar 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.*

Conforme a todo lo expuesto, indicamos que **el denunciante debe PROTESTAR CONTRA EL PLIEGO Y SUS ADENDAS**, 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];***

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

"…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, 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 último, es importante aclarar al denunciante en relación a lo expresado: <… *utilizamos este medio de impugnación porque es el único que podemos utilizar, por el plazo de consultas y la publicación del PBC, el lunes 7 de septiembre fueron contestadas todas las consultas realizadas*> 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", que en su Capitulo II – Protesta – Sección II - art. 17 indica: "*En el caso de impugnaciones contra el pliego de bases y condiciones,* ***el plazo establecido en el art. 79 de la Ley Nº2051/03 empezará a computarse desde el día siguiente en que el pliego de bases y condiciones o sus adendas modificatorias han sido publicadas en el SICP***". Seguidamente el art. 18 expresa: "*A los efectos de interponer una protesta contra el pliego de bases y condiciones o carta de invitación de un procedimiento de contratación,* ***el promotor de la protesta deberá demostrar que previamente ha consultado ante la Convocante el punto impugnado****. En caso que el protestante se haya imposibilitado de realizar la consulta deberá expresar dicha situación en el escrito de protesta, expresando además el agravio que ello le ocasiona*".

Es decir, el protestante antes de interponer la protesta debe tener en cuenta dos puntos: el plazo establecido en el art. 79 de la Ley Nº2051/03 para interposición de la protesta (10 días hábiles) y demostrar que ha realizado la consulta ante la Entidad Convocante; no siendo un requisito *sine qua non* esperar a que la misma conteste para poder realizar dicha interposición, por lo tanto, 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 y Res. DNCP 572/20 antes citada, no corresponde la recomendación de la apertura de una investigación por parte de esta Dirección Jurídica.

Por todo lo expuesto, en base a lo denunciado y al hecho que la denuncia no es el medio de impugnación pertinente dispuesto en la normativa para los casos de interés particular en la reformulación de las bases concursales y **el denunciante cuenta aún con plazo legal para efectuar formal protesta contra el pliego de bases y condiciones**, corresponde a esta Dirección Jurídica concluir en virtud de lo dispuesto en 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*", el cierre de la denuncia individualizada como Caso N°529, con la salvedad que de surgir reclamos puntuales actuaremos en el ámbito de nuestra competencia.

De conformidad al protocolo de aplicación de medidas preventivas ante el riesgo de expansión del coronavirus (covid-19) en los Organismos y Entidades del Estado[3] el presente dictamen ha sido emitido por medios remotos de comunicación.

Abg. MANUELA CRISTALDO
Dirección Jurídica – DNCP

Abg. MARIA EUGENIA OTAZO APONTE
Directora Jurídica – DNCP

[2] Ob. cit. pág. 75 y 76.-
[3] Decreto N°3442 de fecha 9/03/2020, Resolución Secretaría de la Función Pública Nº146/2020.