Dictamen DNCP/DGAJ N° 4.856/23

DATOS DEL PROCEDIMIENTO

Procedimiento Jurídico:	Investigaciones
Fecha de Dictamen:	17/5/2023
ID:	424407
Procedimiento de Contratación:	Licitación Pública Nacional
Modalidad Complementaria:	No aplica.
Nombre de la Licitación:	Adquisición de herramientas menores y artículos de ferretería varios para comunidades indígenas
Entidad Convocante:	Instituto Nacional del Indígena
Denunciante:	Protección al denunciante/ Caso 103/23.
Tema General:	Pliego de Bases y Condiciones.
Tema Específico:	Inconsistencia/incongruencias de documentos y/o datos.

RESULTADO

1. Disponer el cierre de la denuncia individualizada como Caso N° 103/23.

2. Comunicar a quienes corresponda, y cumplida archivar

CUESTIÓN CONTROVERTIDA

De la denuncia transcripta se colige el interés particular que tiene el denunciante en participar del presente procedimiento de licitación, así como en la reformulación de las especificaciones técnicas y/o condiciones insertas en las bases del llamado.

El denunciante indica que el PBC establece como sistema de adjudicación por el total, lo cual limita la posibilidad de participar a un sin número de pequeñas y medianas empresas, dado que es imposible cotizar los 15 ítem, ya que por cada ítem se requieren muchas cantidades de bienes a entregar.

Es importante señalar al denunciante que, según los datos obrantes en el Portal de Contrataciones Públicas, la fecha de presentación y apertura de las ofertas se realizó en fecha 17 de abril del 2023, y se han presentado en tiempo y forma: ocho (08) oferentes participantes, por ende queda desvirtuado que se ha limitado la participación de los oferentes.

Abog. Macarena Medina Vargas
Dirección Jurídica
DNCP

Abg. Ma. Eugenia Otazo A.
Dirección Jurídica - DNCP

De tal manera, indicamos 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 consideran que se han lesionado sus derechos como oferente en el proceso de contratación.

Conforme a todo lo expuesto, indicamos que el denunciante debió **PROTESTAR CONTRA EL PLIEGO DE BASES Y CONDICIONES**, 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.

Es importante destacar para finalizar, que conforme consta en el Portal de Contrataciones Públicas, el procedimiento licitatorio de referencia se encuentra en etapa de evaluación de ofertas; por lo cual, esta Dirección no puede intervenir ni expresar parecer alguno durante la etapa de evaluación de ofertas, ya que **cualquier intento de influir sobre el sentido de la decisión del comité de Evaluación, puede ser considerada falta grave**, de conformidad a lo establecido en el **Art. 27 de la Ley 2051/03 De Contrataciones Públicas**, la cual reza: *"Será considerada falta grave el intento de influir sobre el sentido de la decisión de los miembros del Comité de Evaluación, a través de cualquier procedimiento que pueda afectar su independencia de criterio"*.

Por todo lo expuesto, y al hecho de 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**, corresponde a esta Dirección General de Asuntos Jurídicos disponer el cierre del CASO N° 103/23 en virtud de lo dispuesto en el Art. 142 del Decreto 2992/19, solo en la medida de lo aclarado en el presente dictamen.**

DENUNCIA:

La denuncia ingresada en fecha 14 de abril del 2023 a través del Módulo de Investigaciones Electrónicas con Protección al Denunciante individualizada como CASO N° 103/23 refiere lo siguiente:

"... Me dirijo a la Institución en atención a lo dispuesto el Art. 128 de la Constitución Nacional que establece LA PRIMACIA DEL INTERES GENERAL Y DEL DEBER DE COLABORAR "En ningún caso el interés de los particulares primar sobre el interés

Abg. Macarena Medina Vargas
Dirección Jurídica
DNCP

Abg. Ma. Eugenia Otazo A.
Dirección Jurídica - DNCP

general. Todos los habitantes deben colaborar en bien del país, prestando los servicios y desempeñando las funciones definidas como carga pública, que determinen esta Constitución y la ley".

En tal sentido, solicito la SUSPENSION DEL ACTO DE APERTURA y la intervención inmediata de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas ante un posible daño patrimonial al aferrarse la Convocante a un sistema de adjudicación sin ningún fundamento o motivación beneficioso para la Institución.

Que, en el presente Llamado el PBC establece como sistema de adjudicación POR EL TOTAL, el cual cercena la legitima posibilidad de participar a un sin número de pequeñas y medianas empresas, dada la imposibilidad de cotizar los 15 ítems establecidos en el documento hoy impugnado, teniendo en cuenta que por cada ítem son muchísimas cantidades de bienes a entregar.

Solicito que la DNCP investigue y ordene la suspensión del presente procedimiento, ya que a mi criterio se reúne los siguientes requisitos:

Actos contrarios a la ley: En el cuerpo del presente escrito se detallan los principios generales y las normas que se han inobservado, las que constituyen un caso típico de actos contrarios a lo establecido en la ley de contrataciones, sus Decretos y Resoluciones.

Posibilidad de Producirse Daños a la Convocante: La posibilidad es cierta ya que este sistema de adjudicación establecido en el documento denunciado establece un sistema de adjudicación que cercena, la posibilidad de comparación de precios ítems por ítems, debiendo adjudicarse la total oferta, además, ***el mismo llamado del año 2022 (id 405.420) cuya adjudicación también fue por el total, representa una pérdida de más de Gs. 160.000.000 (guaraníes, ciento sesenta millones) al estado paraguayo como puede observarse en el informe de evaluación y el cuadro adjunto.***

		SAN BENITO INDUSTRIAL Y COMERCIAL		
ID 405.420 ADJUDICADO Y EJECUADO 2022	FISAE (ADJUDICADO)	REPRESENTACIONES S.A.	FERRETERIA INTERNACIONAL S.A.	SOBRE COSTO

Abog. Macarena Medina Vargas
Dirección Jurídica
DNCP

Abg. Ma. Eugenia Otazo A.
Dirección Jurídica - DNCP

ITEM	DESCRIPCION	CANT.	P. UNITARIO	P. TOTAL	P. UNITARIO	P. TOTAL	P. UNITARIO	P. TOTAL	
1	Pala media luna	1338	55.000	73.590.000	72.000	96.336.000	47.000	62.886.000	10.704.000
2	Azada	1338	51.500	68.907.000	46.000	61.548.000	44.000	58.872.000	10.035.000
3	Machete	1338	33.000	44.154.000	28.500	38.133.000	24.000	32.112.000	12.042.000
4	Foice	1338	34.250	45.826.500	44.900	60.076.200	NO CUMPLE	NO CUMPLE	
5	Lima	1127	16.500	18.595.500	21.460	24.185.420	15.000	16.905.000	1.690.500
6	Rastrillo	1338	18.150	24.284.700	23.900	31.978.200	19.800	26.492.400	
7	Sembradora	280	330.000	92.400.000	460.000	128.800.000	NO CUMPLE	NO CUMPLE	
8	Pulverizador	265	605.000	160.325.000	565.000	149.725.000	570.000	151.050.000	10.600.000
9	Alambre liso	290	875.000	253.750.000	599.000	173.710.000	740.000	214.600.000	39.150.000
10	Alambre de puas	125	355.000	44.375.000	348.000	43.500.000	285.000	35.625.000	8.750.000
11	Caño de 3/4 roscable para agua	150	515.000	77.250.000	457.000	68.550.000	420.000	63.000.000	14.250.000
12	Caño de 1/2 roscable para agua	150	355.000	53.250.000	485.000	72.750.000	305.000	45.750.000	7.500.000
13	Carpa negra	350	235.000	82.250.000	283.000	99.050.000	190.000	66.500.000	15.750.000
14	Carpa en color naranja	405	198.000	80.190.000	199.000	80.595.000	170.000	68.850.000	11.340.000
15	Tanque de Agua de 1000 litros	140	550.000	77.000.000	825.000	115.500.000	590.000	82.600.000	

Abog. Macarena Medina Vargas
Dirección Jurídica
DNCP

Abg. Ma. Eugenia Otazo A.
Dirección Jurídica - DNCP

16	Tejido para gallinero	150	545.000	81.750.000	390.000	58.500.000	NO CUMPLE	NO CUMPLE	
17	Tambor para combustible de 200 litros	190	245.000	46.550.000	220.000	41.800.000	140.000	26.600.000	19.950.000
	TOTAL ADJUDICADO			**1.324.447.700**				**Total sobrecosto**	**161.761.500**

Que, en fecha 16 de marzo de 2023, se ha publicado el presente Llamado en el sistema de información de las Contrataciones Públicas (SICP), disponiendo que el sistema de adjudicaciones sea "POR EL TOTAL", este contexto los potenciales oferentes ya han realizado pedidos de aclaración los cuales han sido respondida en fecha 13 de abril del corriente y a los cuales sus respuestas expresan escuetamente "*Con la previsión de esta Licitación se tiene por objeto adquirir herramientas menores, como también artículos de ferretería varios, por nombrar algunos: palas, azadas machetes, etc que serían utilizadas para fomentar la agricultura, caños de pvc en rollos de 100 metros para un sistema de agua corriente, rollos de alambres de púas, rollos de hule negro y carpas de vinilo que son utilizas para viviendas, con lo cual se pretende fomentar el autoconsumo, ayudar con la provisión de agua corriente y viviendas dentro de las familias que componen las comunidades indígenas del territorio nacional. Para lo cual está prevista un programa de ejecución de acuerdo a un cronograma de asistencias, que se basa en la provisión de estos artículos en cuatro etapas enmarcadas en los meses de mayo, junio, julio y agosto. Para el cumplimiento del cronograma de ejecución de asistencia a familias de Comunidades Indígenas, es necesario contar con la totalidad de los ítems previstas en la presente licitación. Se mantiene lo establecido en el PB*".

Que, teniendo en cuenta el proceso del año 2022 (id 405.420 mismas mercaderías), la convocante tuvo 6 oferentes calificados que cumplen con todos los requisitos legales y en muchos ítems con los requisitos técnicos, pudiendo resultar adjudicado, representando de esta forma al estado paraguayo un ahorro de Gs. 161.761.500 (guaraníes, ciento sesenta y un millones setecientos sesenta y un mil quinientos), extrañamente ***la Convocante se sigue aferrando al mismo sistema de adjudicación que ya representa un despilfarro importante de los impuestos del pueblo paraguayo****:*

Macarena Medina Vargas
Dirección Jurídica
DNCP

Abg. Ma. Eugenia Otazo A.
Dirección Jurídica - DNCP

1. **ASPECTOS LEGALES**

1.1. **Documentos Básicos de Carácter Sustancial**

OFERENTE	DOCUMENTOS BASICOS DE CARÁCTER SUSTANCIAL							
	1.1 Formulario de Oferta y lista de precios		1.2 Garantía de mantenimiento de Oferta		1.3 Documento que acrediten existencia del Oferente		1.4 Los documentos que demuestren las facultades del firmante de la oferta, para comprometer al oferente	
	CUMPLE		CUMPLE		CUMPLE		CUMPLE	
	SI	NO	SI	NO	SI	NO	SI	NO
FERRETERIA INDUSTRIAL S.A.E.	X		X		X		X	
OFI COMPRAS DE RODRIGO JOEL ZACARIAS VAZQUEZ	X		X		X		X	
FERRETOTAL DE FERNANDO BENEGAS	X		X		X		X	
SAN BENITO INDUSTRIAL Y COMERCIAL REPRESENTACIONES S.A.	X		X		X		X	
GUICMA S.R.L.	X		X		X		X	
CASA MODIGA S.A.	X		X		X		X	
DESDE EL POLO S.A.	X		X		X		X	
DON GUANELLA S.R.L.		X	X		X		X	
DISTRIBUIDORA EXCLUSIVA S.R.L.	X		X		X		X	
FERRETERIA INTERNACIONAL S.A.	X		X		X		X	
DE ACERO S.A.	X		X		X		X	
COVA DE JUAN RODRIGUEZ	X		X		X		X	

VERIFICACION DE CUMPLIMIENTO DE ESPECIFICACIONES TECNICAS DE LAS MUESTRAS PRESENTADAS.

VER DETALLES EN CUADRO ADJUNTO (ANEXO 1)

Como puede constatarse en el cuadro adjunto como Anexo 1, se observa el incumplimiento de algunos ítems con respecto a las especificaciones técnicas requeridas en el PBC, que es como sigue:
FERRETERIA INTERNACIONAL S.A., en los ítems 4, 7 y 16.
OFI COMPRAS DE RODRIGO JOEL ZACARIAS VAZQUEZ, en los ítems 4, 7 y 16.
DESDE EL POLO S.A., en los ítems 3, 4, 7 y 16.
FERRETOTAL DE FERNANDO BENEGAS, en los ítems 4, 7, 8, 15 y 16.
DE ACERO S.A., en los ítems 2, 4, 5, 7, 15 y 16.

En consecuencia se procede a desestimar las ofertas de las empresas más arriba citadas.

Constatándose, igualmente el cumplimiento de las especificaciones técnicas requeridas, de conformidad a las muestras presentadas por las empresas FERRETERIA INDUSTRIAL S.A.E. y SAN BENITO INDUSTRIAL Y COMERCIAL REPRESENTACIONES S.A.

Además de esto, LA APLICACIÓN DE ESTE SISTEMA DE ADJUDICACION PARA EL PRESENTE LLAMADO SE CONTRAPONE A:

Abg. Macarena Medina Vargas
Abg. Dirección Jurídica
DNCP

Abg. Ma. Eugenia Otazo A.
Dirección Jurídica - DNCP

El art. 7 de la ley 2051/03 *que expresa "FOMENTO A LOS MICRO PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS. En los procedimientos de contratación publica regidos por esta ley,* ***los organismos, las entidades y las municipalidades deberán promover la participación de las empresas nacionales, especialmente de las micro, pequeñas y medianas",*** *que este artículo se encuentra reglamentado por el* ***Decreto 1434/09*** *en los siguientes términos:*

Que las micro, pequeñas y medianas empresas requieren el apoyo del Estado a través de políticas y programas que, entre otros aspectos, permitan su afectivo acceso a los mercados y a los procedimientos de contrataciones públicas; obteniéndose así el desarrollo de estas empresas, la generación de empleo y el aumento de la oferta competitiva de bienes y servicios para el Estado.

Que la participación de las micro, pequeñas y medianas empresas en los procedimientos de contratación publica prevista en la ley de contrataciones Públicas necesita ser reglamentada y definida por parte de los organismos del Estado en sus respectivos procesos de contratación.

El artículo 20 de la ley 2051/03 *concordantemente dispone: BASES O PLIEGOS DE REQUISITOS DE LA LICITACION PUBLICA: "Las especificaciones técnicas, plazos, tolerancia, porcentaje* ***u otras disposiciones de similar naturaleza que deben contener las bases o los pliegos de requisitos de licitación, se establecerán con la mayor amplitud de acuerdo con la naturaleza específica del contrato, CON EL OBJETIVO DE QU ECONCURRA EL MAYOR NUMERO DE oferentes;*** *sin embargo, deberán ser lo suficientemente claras, objetivas e imparciales, para evitar favorecer indebidamente a algún participante.*

Que, como se podrá observar la convocante, ha ignorado todas estas disposiciones legales estableciendo un sistema de adjudicación que cercena la mayor participación de las empresas teniendo en cuenta que es evidente que el sistema de adjudicación POR ITEM promueve una mayor participación otorgando mayores ventajas económicas al Estado, pues al aplicar este sistema lo más probable es que resulte adjudicado más de un proveedor (libre competencia), lo cual no ocurriría si el sistema de adjudicación es ***POR EL TOTAL****.*

Que, se han citado varios preceptos legales, cuya finalidad es el apoyo desarrollado de las pequeñas y Medianas Empresas, por lo que ha de tenerse en cuenta dicha circunstancia, en el respecto de que existen más probabilidades en el sentido de que varias empresas sean adjudicadas, si se aplica sistema de abastecimiento simultaneo (POR ITEM).

Abg. Macarena Medina Vargas
Dirección Jurídica
DNCP

Abg. Ma. Eugenia Otazo A.
Dirección Jurídica - DNCP

Que, este contexto, el sistema de adjudicación POR EL ITEM se impone, ya que promueve la mayor concurrencia y permite la adquisición de bienes a menor precio (principio de economía y eficiencia) dado que la oferente cotizara un producto de forma directa, sin el valor agregado de la reventa.

Que, está claro que el sistema de adjudicación que deba prevalecer es aquel que pone el ABASTECIMIENTO SIMULTANEO (POR ITEM), por lo que el INDI no podrá argüir razones de discrecionalidad para seleccionar el sistema de adjudicación denunciado, ya que la aplicación de este sistema se contrapone a varias disposiciones legales.

Por todo lo expuesto, a todas luces se marca una limitación descarada y atenta directamente a la libre competencia consagrada en la Ley 2051/03 en su artículo 4 ***y lo más grave, se viene otro despilfarro del dinero del pueblo****, que en tiempos difíciles como la que vivimos los ciudadanos pagamos con mucho esfuerzo..."*

ACUMULACIÓN DE CASOS:

No aplica

ANTECEDENTES/PEDIDOS DE INFORME:

No aplica.

NOTIFICACIONES:

No aplica.

CONTESTACIONES:

No aplica.

ANÁLISIS:

De la denuncia transcripta se colige el interés particular que tiene el denunciante en participar del presente procedimiento de licitación, así como en la reformulación de las especificaciones técnicas y/o condiciones insertas en las bases del llamado.

Abog. Macarena Medina Vargas
Dirección Jurídica
DNCP

Abg. Ma. Eugenia Otazo A.
Dirección Jurídica - DNCP

El denunciante cuestiona el sistema de adjudicación establecido en el Pliego de Bases y Condiciones POR EL TOTAL, ya que considera que esto limita la posibilidad de participación a un sin número de pequeñas y medianas empresas, dada la imposibilidad de cotizar los 15 ítems establecidos, teniendo en cuenta que por cada ítem son muchísimas cantidades de bienes a entregar.

Es importante acotar al denunciante, que, según datos obrantes en el Portal de Contrataciones Públicas, la fecha de presentación y apertura de las ofertas data se realizó en fecha 17 de abril del 2023, y se han presentado en tiempo y forma ocho (08) oferentes participantes, por ende queda desvirtuado que se ha limitado la participación de los oferentes.

De tal manera, indicamos 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 consideran que se han lesionado sus derechos como oferente en el proceso de contratación.

Cabe destacar que, la **protesta** es el 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.*

Así también, se señala 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".

Conforme a todo lo expuesto, indicamos que el denunciante debió **PROTESTAR CONTRA EL PLIEGO DE BASES Y CONDICIONES**, 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.

Abog. Macarena Medina Vargas
Dirección Jurídica
DNCP

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Abg. Ma. Eugenia Otazo A.
Dirección Jurídica - DNCP

"…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…"

"…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…"

Es importante destacar como último, que conforme consta en el Portal de Contrataciones Públicas, el procedimiento licitatorio de referencia se encuentra en etapa de evaluación de ofertas; por lo cual, esta Dirección no puede intervenir ni expresar parecer alguno durante la etapa de evaluación de ofertas, ya que **cualquier intento de influir sobre el sentido de la decisión del comité de Evaluación, puede ser considerada falta grave**, de conformidad a lo establecido en el **Art. 27 de la Ley 2051/03 De Contrataciones Públicas**, la cual reza: *"Será considerada falta grave el intento de influir sobre el sentido de la decisión de los miembros del Comité de Evaluación, a través de cualquier procedimiento que pueda afectar su independencia de criterio"*.

Por todo lo expuesto, 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**, corresponde a esta Dirección General de Asuntos Jurídicos concluir en virtud de lo dispuesto en el Art. 142 del Decreto 2992/19 el cierre del CASO N°103/23.**

ABG. MACARENA MEDINA VARGAS
Jueza Instructora - Dpto. de Investigaciones
Dirección Jurídica - DNCP

ABG. MARIA EUGENIA OTAZO APONTE
Directora General de Asuntos Jurídicos - DNCP

DIRECCION NACIONAL DE CONTRATACIONES PUBLICAS